

N. 06039/2024REG.PROV.COLL.

N. 06280/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6280 del 2022, proposto dal -OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Adriano Casellato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

contro

Comune di Patrica, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

del signor-OMISSIS- rappresentato e difeso dagli avvocati Simonetta Ferrante e Antonio Gabrielli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, sezione prima, -OMISSIS- resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Patrica e del signor-OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le istanze di passaggio in decisione senza discussione depositate dalle parti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2024 il Cons. Carmelina Adesso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante chiede la riforma della sentenza in epigrafe indicata che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 38/2018 relativa ad un immobile sito nel Comune di Patrica, Via Quattro Strade, n. 23.

1.1 Con ricorso di primo grado la società deduceva l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione in quanto avente ad oggetto un intervento realizzato sulla base di titoli edilizi del 1989, validi *ratione temporis* e solo successivamente annullati con sentenza del TAR Lazio, sezione staccata di Latina, n.-OMISSIS-. Per tali ragioni, avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 che consente la c.d. fiscalizzazione dell'abuso.

1.2 Il TAR adito respingeva il ricorso sul rilievo che l'intervento contestato non era suscettibile di fiscalizzazione poiché, come accertato con efficacia di giudicato proprio dalla richiamata sentenza n.-OMISSIS-, presentava gravi difformità dalla concessione edilizia poi annullata.

2. Con l'appello in trattazione la ricorrente lamenta che, contrariamente a quanto sostenuto dal TAR, i titoli edilizi che hanno legittimato l'intervento sono stati annullati per ragioni imputabili esclusivamente all'amministrazione e non alla società interessata, come emerge dalla sentenza del Tribunale penale di Frosinone n. -OMISSIS-. Ripropone, altresì, la domanda risarcitoria su cui il giudice di primo grado ha omesso di pronunciarsi.
3. Si sono costituiti in giudizio il controinteressato signor -OMISSIS- e il Comune di Patrica che hanno insistito per la reiezione del gravame.
4. Con ordinanza n. 4249 del 31 agosto 2022 la sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.
5. Con dichiarazione depositata in data 28 maggio 2024 l'appellante ha dichiarato di rinunciare alla domanda risarcitoria riproposta in sede di appello.
6. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie, insistendo nelle rispettive difese.
7. All'udienza del 2 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.
8. In via preliminare, il Collegio prende atto della rinuncia alla domanda risarcitoria, come da dichiarazione dell'appellante depositata in data 28 maggio 2024.
9. Premesso quanto sopra, l'appello è infondato.
10. Con un unico motivo di appello la ricorrente deduce che, contrariamente a quanto sostenuto dal TAR, l'intervento è stato realizzato in conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia all'epoca vigente e sulla base di titoli edilizi solo successivamente annullati in sede giurisdizionale per illegittimità imputabili in via esclusiva al comune di Patrica. Tale circostanza sarebbe confermata dalla sentenza del Tribunale penale di Frosinone n. -OMISSIS- che ha accertato l'illegittimità della

condotta degli amministratori comunali ed escluso quella dei rappresentanti legali della società.

10.1 Precisa che le eventuali difformità rispetto al titolo edilizio sarebbero sicuramente non essenziali, riguardando solo le distanze rispetto all'immobile dei vicini e la cubatura superiore di mc. 72,00 rispetto ai mc. 4.350 assentiti (pari all'1,65% del totale assentito) e, quindi, suscettibili di sola sanzione pecuniaria (ai sensi dell'art. 34 T.U. edilizia). Il provvedimento impugnato sarebbe, quindi, affetto da difetto di istruttoria e di motivazione in quanto volto più a risolvere un contenzioso tra vicini che non a ripristinare la legalità violata.

10.2 Lamenta che, quanto alla mancata "lottizzazione di almeno due ettari" e alla "violazione delle distanze minime" rilevata dal TAR, la sentenza sarebbe ancora più travisata perché le opere sono state realizzate sulla base di titoli edilizi validi, con la conseguenza che, per un verso, non può addebitarsi alla ricorrente la volontà di omettere la lottizzazione, e, per altro verso, non può innestarsi nel presente giudizio né in quello definito con la sentenza del TAR del 2004 la vicenda privata relativa alla violazione delle distanze.

10.3 Il TAR, peraltro, non avrebbe considerato il punto centrale della controversia relativo alla tutela dell'affidamento del privato e alla necessità di bilanciare l'interesse pubblico al ripristino dello *status quo ante* con quello del privato incolpevole che ha realizzato l'intervento sulla base del titolo rilasciato.

11. Le censure sono infondate.

12. La difformità dell'intervento realizzato rispetto alla disciplina urbanistica (con riguardo sia all'originario programma di fabbricazione del 1982 che alla successiva variante del 1984 non approvata dalla Regione) nonché rispetto alla concessione edilizia e relativa variante del 1989 è stata accertata, con efficacia di giudicato, dalla

sentenza n.-OMISSIS- (doc. 7 deposito appellante) che ha annullato le suddette concessioni in quanto illegittimamente rilasciate.

12.1 La sentenza sopra citata ha, in particolare, osservato che il fabbricato in questione è stato realizzato:

a) sulla base di una concessione edilizia illegittima poiché, al momento del rilascio, il comune era già stato notiziato dalla Regione Lazio che la variante al piano di fabbricazione adottata nel 1984 (variazione di destinazione urbanistica da zona E agricola a zona F servizi privati) era stata respinta;

b) con gravi difformità rispetto alla concessione e alla variante (illegittimamente rilasciate) in quanto: b.1) non è mai avvenuta la prevista lottizzazione convenzionata di almeno 2 ettari di terreno; b.2) l'intervento assentito consisteva nell'ampliamento di un fabbricato esistente, mentre la ricorrente ha realizzato un corpo indipendente da questo, posto ad una distanza inferiore rispetto a quella del progetto assentito; dagli elaborati grafici prodotti dal Comune, infatti, si evince che il distacco tra il fabbricato esistente e quello in costruzione, partendo da ml. 5,50 arriva a ml. 6,00, mentre sulla tavola allegata al progetto del planovolumetrico tav. 1, la distanza è di ml. 10,00; b.3) non è stata rispettata la distanza minima prevista dall'art. 9 del d.m. n. 1444/1968 poiché la società ha presentato un progetto di variante *“senza però rappresentare negli elaborati l'esistenza del secondo piano del fabbricato dei [...] -OMISSIS- dalle cui pareti finestrate doveva essere rispettata una distanza minima di metri 10,00 (ex art. 9 d.m. 2.4.68) mentre tale distanza va da ml. 5,50 a ml. 6; con evidente obiettivo di far passare per un ampliamento dell'edificio esistente un nuovo e separato corpo di fabbrica non consentito”* (pag. 7 e 8 della sentenza n.-OMISSIS-); b.4) la consistenza fondiaria rappresentata non corrisponde a quella reale poiché *“è stata portata dagli effettivi mq. 2900 (come da atto notarile) a 3.010, realizzando così una cubatura superiore (4.422) a quella astrattamente assentita*

(4.350), che peraltro non conteggia né i volumi tecnici né la cubatura esistente del vecchio ristorante e del piano a questo soprastante di proprietà dei Sig.ri -OMISSIS-" (pag. 8 della sentenza).

12.2 La sentenza è passata in giudicato poiché, come puntualizzato dalla società, l'appello da essa proposto è stato dichiarato perento con decreto n. 1997 del 23.09.1991 (doc. 8 deposito appellante).

12.3 La difformità dell'intervento, oltre che dal titolo edilizio, anche dalla disciplina urbanistica trova riscontro nella documentazione versata in atti dalla stessa parte appellante (doc. n.ri 4, 5 e 6), dalla quale emerge che: i) la sentenza della Corte di appello civile di Roma n. 4124/2009 ha confermato la sentenza del Tribunale di Frosinone n. -OMISSIS- che, sulla scorta della disposta CTU, ha accertato la violazione dei limiti di altezza e di distanza previsti dalla legge e dal programma di fabbricazione; ii) la sentenza del Tribunale penale di Frosinone n.-OMISSIS- condividendo i rilievi del consulente della Procura, ha concluso che *“l'intervento edilizio dei -OMISSIS- non appare conforme alle prescrizioni del programma di fabbricazione del 1982 e cioè dell'unico strumento urbanistico che aveva seguito il regolare iter amministrativo: inoltre in fase di realizzazione erano stati realizzati ampliamenti ulteriori rispetto allo stesso progetto posto a fondamento della concessione edilizia rilasciata dal Comune”*.

12.4 Per tali ragioni, non può trovare applicazione, come invece sostenuto dalla ricorrente, l'art. 38 del d.P.R. 380/2001 per difetto dei relativi presupposti poiché l'abusività del fabbricato discende non solo dall'intervenuto annullamento giurisdizionale della concessione edilizia, ma anche dalle gravi difformità rispetto alla concessione annullata, puntualmente messe in luce dal giudicato amministrativo e dalle sentenze del giudice ordinario.

12.5 L'immobile è stato, inoltre, realizzato in difformità rispetto alla disciplina urbanistica e difetta, di conseguenza, del requisito della doppia conformità che

costituisce il necessario presupposto sia per la fiscalizzazione (art. 38 d.P.R. n. 380/2001) che per la sanatoria (art. 36 d.P.R. n. 380/2001) dell'abuso (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 17 giugno 2004, n. 5428).

12.6 Come osservato dal giudice di primo grado, l'interessata ha, peraltro, presentato in data 24 luglio 2018 richiesta di permesso di costruire in sanatoria su cui si è formato silenzio rigetto a far data dal 22 settembre 2018. Su tale capo della sentenza nulla ha dedotto l'appellante nè risulta dagli atti che la stessa abbia impugnato il suddetto diniego al fine di evitarne l'inoppugnabilità, circostanza che integra un'ulteriore ragione ostativa all'invocata applicazione del citato art. 38 del d.P.R. n. 380/2001.

12.7 Ne discende che, essendo l'immobile già *ab origine* abusivo, l'annullamento del titolo edilizio non può avere l'effetto di "recuperarlo a fiscalizzazione" in contrasto con la *ratio* dell'istituto che è quella di tutelare l'affidamento riposto dal privato nella legittimità del titolo edilizio (poi annullato) e, quindi, dell'intervento realizzato in forza di esso (Cons. Stato sez. II 8 gennaio 2024 n. 277; sez. VI, 5 ottobre 2018, n. 5723). L'affidamento nella legittimità del titolo edilizio presuppone, infatti, che le opere siano state eseguite in conformità allo stesso.

13. Nel caso di specie, nessun legittimo affidamento può essere invocato dalla ricorrente, tenuto conto della non veritiera rappresentazione dello stato di fatto (in particolare, indicazione di distanze superiori a quelle reali, mancata indicazione del secondo piano di proprietà del controinteressato e dell'effettiva consistenza fondiaria) negli elaborati grafici e nella documentazione allegata alla concessione poi annullata, così come rilevato dalla sentenza n.-OMISSIS-

14. Quanto all'asserita non essenzialità delle difformità costruttive -in disparte la novità della censura in quanto in primo grado la ricorrente ha dedotto unicamente

l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, non anche degli artt. 34 e 34 *bis* del medesimo decreto- è dirimente osservare che le tolleranze costruttive devono essere circoscritte alle minime divergenze occorse in fase esecutiva (Cons. Stato, sez. II 15 marzo 2024, n. 2510; *id.*, 3 novembre 2023, n. 9520; sez. VI, 8 agosto 2023, n. 7685) e non sono certo ravvisabili nella realizzazione di “un nuovo e separato corpo di fabbrica non consentito”, peraltro in difformità dalla disciplina urbanistica.

15. Con riguardo al carattere risalente delle opere realizzate, deve essere ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui il tempo trascorso (in ipotesi, anche rilevante) fra il momento della realizzazione dell'abuso e l'adozione dell'ordine di demolizione non determina l'insorgenza di uno stato di legittimo affidamento e non innesta in capo all'amministrazione uno specifico onere di motivazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 15 maggio 2023, n. 4851; sez. VII, 14 aprile 2023, n. 3822; *id.*, 24 marzo 2023, n. 3011).

16. Per le ragioni sopra indicate, l'appello è infondato e deve essere respinto.

17. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento a favore delle parti appellate delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano in euro 2.000,00 (duemila/00) a favore del Comune di Patrica e in euro 2.000,00 (duemila/00) a favore del signor -- OMISSIS--, da distrarsi a favore del procuratore antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante e gli appellati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Manzione, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Antonella Manzione

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.